

Les Cahiers de droit



La réforme du *Code de procédure civile* du Québec : quelques réflexions sur le contrat judiciaire

Sylvette Guillemard

Volume 45, numéro 1, 2004

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043786ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043786ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Guillemard, S. (2004). La réforme du *Code de procédure civile* du Québec : quelques réflexions sur le contrat judiciaire. *Les Cahiers de droit*, 45(1), 133–155. <https://doi.org/10.7202/043786ar>

Résumé de l'article

À l'occasion de la réforme du *Code de procédure civile*, le juge en chef du Québec annonçait le regain de vitalité du « contrat judiciaire », qualification attribuée autrefois, en particulier pendant la période classique à Rome, au lien d'instance. L'auteure s'est penchée sur cette notion, son fondement et son origine, ainsi que sur les critiques auxquelles elle a pu donner lieu, afin de vérifier si la nouvelle culture judiciaire québécoise autorisait à qualifier de contractuelles les obligations que les parties ont maintenant de participer au bon fonctionnement de l'instance. Elle conclut qu'il faut rendre à César ce qui est à César, autrement dit laisser la qualification contractuelle du lien d'instance dans la sphère du droit romain, tout en constatant que, dorénavant, les litigants ont des obligations légales qui reflètent les grands principes adoptés par le codificateur, notamment celui de la maîtrise de leur dossier par les parties.

La réforme du Code de procédure civile du Québec : quelques réflexions sur le contrat judiciaire

Sylvette GUILLEMARD*

À l'occasion de la réforme du Code de procédure civile, le juge en chef du Québec annonçait le regain de vitalité du « contrat judiciaire », qualification attribuée autrefois, en particulier pendant la période classique à Rome, au lien d'instance. L'auteure s'est penchée sur cette notion, son fondement et son origine, ainsi que sur les critiques auxquelles elle a pu donner lieu, afin de vérifier si la nouvelle culture judiciaire québécoise autorisait à qualifier de contractuelles les obligations que les parties ont maintenant de participer au bon fonctionnement de l'instance. Elle conclut qu'il faut rendre à César ce qui est à César, autrement dit laisser la qualification contractuelle du lien d'instance dans la sphère du droit romain, tout en constatant que, dorénavant, les litigants ont des obligations légales qui reflètent les grands principes adoptés par le codificateur, notamment celui de la maîtrise de leur dossier par les parties.

In an address on the reform of the Code of Civil Procedure, the Chief Justice of the Court of Quebec announced the revitalizing of the « judicial contract », formerly described in reference to — especially during the classical period in Rome — the relationship between parties in joining issues. The author has analyzed this concept, its basis and origin, as well as whatever criticisms it may have raised, in order to ascertain if the new Quebec legal culture may authorize qualifying as contractual the obliga-

* Professeure, Faculté de droit, Université Laval.

tions that the parties now have to participate in the proper advancement of the proceedings. She concludes as has been said « Render unto Cæsar the things that are Cæsar's », in other words best leave the contractual obligation qualification of the relation between parties unto Roman law, while noting that henceforth, litigants have legal obligations that reflect the major principles adopted by the codifier, especially that of control over the issues by the parties.

	<i>Pages</i>
1 Ambiguïté terminologique	135
2 Origine de l'idée du contrat judiciaire procédural	136
3 Le contrat judiciaire procédural à l'époque moderne	138
4 Brève critique de la thèse contractuelle	141
5 La situation au Québec	147
5.1 Avant la réforme du <i>Code de procédure civile</i>	147
5.2 Depuis le 1 ^{er} janvier 2003	150

La première phase de la réforme du *Code de procédure civile* du Québec¹, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, traduit en partie une nouvelle philosophie du droit judiciaire² qu'elle énonce sous forme de principes directeurs : le principe de la maîtrise du dossier par les parties assorti de celui de l'intervention du juge³, le principe de la proportionnalité⁴ et le principe de la conciliation judiciaire⁵.

1. *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25.

2. Rappelons que la première codification de la procédure civile au Québec date de 1866 (*Acte concernant le Code de procédure civile du Bas-Canada*, S.C. 1866, c. 25). Elle a ensuite été modifiée en 1897 (*Loi concernant le Code de procédure civile de la province de Québec*, S.Q. 1897, c. 48) puis en 1965 (*Code de procédure civile*, S.Q. 1965, c. 80).

3. C.p.c., art. 4.1 : « Les parties à une instance sont maîtres de leur dossier dans le respect des règles de procédure et des délais prévus au présent code. »

4. C.p.c., art. 4.2. Cet article reconnaît la nécessité d'une « justice « sur mesure » ou « à la carte » », pour reprendre les expressions de D. FERLAND et B. ÉMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, t.1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 16.

5. C.p.c., art. 4.3. Par cette disposition, le Code élargit la fonction judiciaire et favorise une « justice « douce » ou « consensuelle » » : (D. FERLAND et B. ÉMERY, *op. cit.*, note 4, p. 19).

Présentant la « nouvelle culture judiciaire » aux juges de la Cour supérieure du Québec, le juge en chef du Québec commentait ainsi l'article 4.1 du *Code de procédure civile* : « Cette disposition ne prononce pas la mort du contrat judiciaire comme certains l'ont craint. Au contraire, il réaffirme en quelque sorte la vitalité d'un tel contrat, mais il l'assujettit à des exigences très claires, et ce, de façon expresse⁶. »

Ce passage ne peut manquer de retenir l'attention, tant il est rare — au Québec mais également en France⁷ — que l'on évoque la doctrine du contrat judiciaire. Un rapide sondage, qui n'a évidemment aucune prétention scientifique, nous a démontré que plusieurs juristes québécois ignorent de quoi il s'agit⁸, ce qui incite à se demander si, avant même de se pencher sur sa mort ou sa résurrection, il n'est pas nécessaire de s'interroger sur son existence. Cela nous amènera à analyser la qualification juridique des nouvelles obligations que la réforme québécoise impose indéniablement aux litigants.

1 Ambiguïté terminologique

D'emblée, signalons une équivoque. Le droit connaît deux types de contrats judiciaires. En effet, cette expression peut désigner le sujet de notre réflexion, soit « le lien d'instance, en vertu d'une théorie qui l'assimile à un rapport d'origine contractuelle⁹ ». Afin d'éviter une trop grande confusion des termes, nous nous proposons de le désigner par l'expression « contrat judiciaire procédural » tant il est intimement lié à la sphère procédurale. Entendu en ce sens, s'il n'y avait pas d'instance, il n'y aurait pas de contrat judiciaire.

Il se trouve que le contrat judiciaire est également celui « qui intervient entre les parties, en cours d'instance, et dont l'existence est constatée et

6. ASSEMBLÉE ANNUELLE DES JUGES DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC, *La réforme de la procédure civile. Une nouvelle culture judiciaire, allocution d'ouverture de l'honorable J.J. Michel Robert, juge en chef du Québec*, [En ligne], octobre 2002, [www.tribunaux.qc.ca/c-appel/propos/Discours_JJ_Michel%20Robert_serment_fichiers/conference_2_octobre_2002_la_malbaie.doc] (8 janvier 2004).

7. D'après le juge en chef, la doctrine du contrat judiciaire est en quelque sorte un héritage français. Voir *infra*, note 101 et le texte correspondant.

8. L'ignorance à ce sujet de plusieurs juristes contemporains est certainement attribuable à nous, enseignants de droit judiciaire, qui avons tendance à centrer notre enseignement sur les règles et à délaisser l'histoire, les théories et les courants de la procédure civile.

9. H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, p. 130.

entérinée par le juge dont la décision n'est pas juridictionnelle¹⁰ » et qu'ici nous appellerons le « contrat judiciaire conventionnel ». Dans ce registre, tout le monde connaît les accords par lesquels les parties mettent fin à l'instance et, en particulier, le règlement hors cour, la transaction.

En réalité, il existe de nombreuses formes de contrats judiciaires conventionnels : certains ont pour objet la naissance même du contrat, le juge « forçant » l'accord des volontés, tandis que d'autres portent plutôt sur l'exécution des obligations contractuelles¹¹. Dans le premier cas, l'intervention du tribunal « remplace la rencontre des volontés¹² », alors que dans le second elle « se greffe sur un accord de volonté. Le juge constate, autorise, homologue, ou consacre le contrat conclu par les parties¹³. » Quoi qu'il en soit, en matière de contrats judiciaires conventionnels, l'accord entre les parties — la conclusion de la vente, le remboursement de frais, etc. — pourrait parfaitement exister en dehors du cadre judiciaire, sans recourir à lui. En somme, le juge ne fait qu'aider les parties qui font face à une difficulté dont la résolution pourrait objectivement se situer en dehors du cadre judiciaire.

2 Origine de l'idée du contrat judiciaire procédural

Il faut remonter au droit romain pour trouver les traces de cette doctrine¹⁴. À la période classique, la sanction du droit était demandée par une procédure formulaire¹⁵. Le demandeur préparait une « formule » qu'il présentait au magistrat¹⁶ pour correction éventuelle. Ensuite, le demandeur soumettait, lisait sa formule au défendeur qui l'acceptait « en y ajoutant ses moyens de défense (exceptions)¹⁷ ». Il y avait en quelque sorte rencontre d'une offre, par le demandeur, et d'une acceptation, par le défendeur : « Cet accord des parties opérerait la *litis contestatio*, qui serait donc l'accord des plaideurs sur les termes de la formule. Comme ce sont ces termes

10. *Id.* Le droit anglo-saxon ne semble connaître que ce type de contrat judiciaire qu'il appelle *judicial convention*.

11. Sur ces questions, voir notamment A. EENGEL-CRÉACH, *Les contrats judiciairement formés*, Paris, Economica, 2002.

12. *Id.*, p. 180.

13. *Ibid.*

14. Voir J. GAUDEMET, *Institutions de l'antiquité*, Paris, Sirey, 1982.

15. Cette procédure a été consacrée par la loi Aebutia et la loi Iulia.

16. À l'époque romaine, le magistrat et le juge sont deux personnes différentes. Alors que le second tranche le litige, dit le droit, le premier est un fonctionnaire qui, entre autres, organise le litige, en fixe l'objet et nomme le juge.

17. J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 14, p. 635.

qui fixent la mission du juge, la procédure formulaire apparaît, dans cette perspective, comme une procédure conventionnelle¹⁸. » Il faut ajouter que l'apparence de caractère contractuel était renforcée par le fait que la *litis contestatio* opérait une transformation du droit primitif. Elle « éteignait le droit substantiel litigieux pour le remplacer par un lien de droit de nature procédurale¹⁹ » et produisait ainsi un effet analogue à celui de la novation :

« Le droit du demandeur (droit réel ou droit de créance) est éteint par la *litis contestatio*. Les textes disent que son droit est comme enlevé (*tollere, sumere*).

En conséquence, [...] le demandeur ne peut plus, après la *litis contestatio*, reprendre le procès en faisant valoir le droit qu'il a déjà produit en justice.

Mais le demandeur acquiert un droit nouveau, celui d'obtenir une condamnation pécuniaire, si sa prétention est reconnue fondée.

Ce droit nouveau est donc un droit de créance, portant sur une somme d'argent [...] Ce droit nouveau est un droit éventuel, subordonné à la vérification par le juge de l'exactitude des faits allégués par le demandeur²⁰.

Cependant, les romanistes eux-mêmes nuancent, voire écartent, la qualification contractuelle de la *litis contestatio*, et ce, pour deux raisons. La première tient au rôle du magistrat. Son intervention dans l'élaboration de la formule au moment où le demandeur la lui présente²¹ donne au processus un « caractère public et autoritaire²² ». En outre, le magistrat devait « délivrer la formule (*iudicium* ou *actionem dare*) [...] par un décret²³ ». Finalement, la remise de la formule au juge par le magistrat lui donnait « non seulement le pouvoir mais l'ordre de juger (*iudicare iubere*)²⁴ ». La seconde raison est liée à la théorie du droit. À Rome, « la catégorie des contrats est [...] étroitement délimitée. Seuls peuvent être qualifiés de contrat, les actes auxquels le droit romain a expressément attribué ce qualificatif²⁵ ». Or la *litis contestatio* ne reçoit pas une qualification pareille. D'ailleurs, il serait difficile qu'il en soit autrement : elle ne « crée pas d'obligation à la charge des parties. Elle n'implique aucune prestation ou abstention de l'une à l'égard de l'autre. Elle a pour but de contraindre les parties [...] à laisser l'action procédurale se développer²⁶. »

18. *Ibid.*

19. H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 3, Paris, Sirey, 1991, p. 210.

20. J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 14, p. 638.

21. Dans certains cas, le magistrat peut même refuser la formule proposée.

22. J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 14, p. 637.

23. *Id.*, p. 636.

24. *Ibid.*

25. *Id.*, p. 638.

26. *Ibid.*

Comme c'est la procédure formulaire qui apparentait le lien judiciaire à un contrat, sa disparition aurait dû entraîner celle de cette doctrine. Pourtant, « lorsque la procédure extraordinaire fut généralisée, et vint se substituer à la procédure formulaire²⁷ », et alors que « la *litis contestatio* avait cessé de transformer le droit du demandeur et n'avait d'autre résultat juridique que d'imposer aux parties l'obligation légale de suivre l'instance et d'exécuter le jugement, [l'idée du contrat judiciaire] resta, par la vertu de la tradition, flottante dans les textes²⁸ ».

3 Le contrat judiciaire procédural à l'époque moderne

Cette idée a traversé les siècles ainsi, en « flottant ». Un auteur abordant l'histoire de la doctrine du contrat judiciaire dans une étude sur la transmissibilité et la durée des actions écrit, à propos de la période qui a suivi l'ordonnance de Roussillon (1564), que « l'obscurité la plus complète règne dans cette partie de notre droit sur le point de savoir si l'instance faisait naître un contrat judiciaire, et de quels actes de procédure il résultait²⁹ ». Ricard le mentionne encore au XVII^e siècle et, par la suite, « l'idée d'un contrat a survécu sous l'influence de la philosophie volontariste du XVIII^e siècle pour qui toute situation légale devait trouver sa source dans un acte de volonté implicite³⁰ ».

Plus près de nous, Demolombe, s'interrogeant sur « la cause efficiente, et pour ainsi dire, la source, d'où dérive l'autorité de la chose jugée³¹ », écrit ceci :

Eh bien ! donc, cette cause efficiente, c'est la convention, le *contrat judiciaire*, par lequel les parties s'accordent à soumettre à la décision des juges le litige, qui les divise ; cette convention est nécessaire sans doute ; et la loi l'impose souverainement, nul ne pouvant se faire justice à soi-même ; mais elle n'en a pas moins, dans son origine, le caractère d'un contrat³².

27. Req. 29 avril 1912, D. 1912.1.305, S. 1913.1.185, note Naquet, p. 185-186. Le passage de la procédure formulaire à la procédure extraordinaire a eu lieu au III^e siècle.

28. *Ibid.*

29. É. VALABRÈGUE, « Transmissibilité et durée des actions », (1879) 8 *Revue critique de législation et de jurisprudence* 519, 538. Cet auteur met en garde le juriste (p. 519) : « il faut accueillir avec la plus extrême réserve les règles juridiques que le passé nous a léguées et qui, grâce surtout à l'empire de la tradition, se sont glissées dans notre jurisprudence ».

30. H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, note 19, p. 11.

31. C. DEMOLOMBE, *Traité de contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 7, Paris, Imprimerie générale, 1878, p. 257.

32. *Ibid.*

Se demandant ensuite comment prend naissance ce contrat judiciaire, il explique ce qui suit :

[Le contrat judiciaire] se forme par les *conclusions*, que les parties déposent de part et d'autre, et qui représentent les deux termes de ce contrat [...] Les conclusions ! cette pièce si importante de l'instance pour les parties et pour les juges :

Pour les parties, qui tracent ainsi le cercle, dans lequel le litige s'engage, et les points précis sur lesquels elles demandent une décision ;

Pour les juges, qui doivent rendre la décision demandée par les conclusions, toujours jusqu'à leurs dernières limites, et jamais au delà ! [...]

Tel est donc le caractère de l'instance judiciaire : une convention, un contrat !

Ce caractère est essentiel ; et on le trouve dans toutes les législations, malgré la différence, souvent si profonde, de leurs systèmes de procédure³³.

Tous ne partagent pas la foi et l'enthousiasme de Demolombe à l'égard de la qualification contractuelle du lien d'instance. Déjà, au XVIII^e siècle, Pothier refuse de se prononcer, en particulier sur l'effet novatoire de la *litis contestatio*, sous prétexte que « les principes du Droit Romain [...] [ne sont] plus d'usage parmi nous³⁴ ». Dans le même esprit, une centaine d'années plus tard, un auteur français s'interroge :

Notre législateur a-t-il admis ou repoussé la théorie du contrat judiciaire résultant de l'instance ?

Nous ne pensons pas, pour notre part, qu'il ait accordé à un acte précis de la procédure la vertu d'opérer un lien juridique quelconque. D'où résulterait, en effet, ce lien que plusieurs jurisconsultes ont cru voir ? Nous cherchons en vain dans notre législation un acte correspondant à la *litis contestatio* des Romains [...].

Malgré tout notre bon vouloir, il nous est impossible de le découvrir³⁵.

Dès le début du XX^e siècle, la doctrine du contrat judiciaire est jugée désuète. L'idée d'un « engagement réciproque, contracté par les plaideurs, de rester en cause jusqu'au jugement, et de le subir quel qu'il soit³⁶ », désigné « autrefois sous les mots de contrat judiciaire [est] de plus en plus abandonnée³⁷ ». Les critiques s'élèvent à l'unisson. Pour Naquet,

33. *Id.*, p. 258-259.

34. R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, publié par A.F. Masson, Paris, Librairie de l'Œuvre de Saint-Paul, 1883, par. 586, p. 289.

35. É. VALABRÈGUE, *loc. cit.*, note 29, 539-540.

36. E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure*, 2^e éd., t. 2, Paris, Librairie de la Société de recueil général des lois et des arrêts, 1898, paragr. 662, p. 429.

37. Req. 2 juin 1908, S. 1909.1.305, note Tissier, p. 306 ; l'italique est de nous.

[Le] *contrat judiciaire* est [...] une création arbitraire procédant d'une tradition mal comprise [...].

Un contrat implique nécessairement un concours de deux volontés. Or, le prétendu contrat judiciaire est exclusif de la volonté libre des parties, car, si le demandeur saisit le tribunal, c'est qu'il n'y a pas d'autre moyen pour lui d'obtenir satisfaction, et, si le défendeur comparait et conteste, c'est qu'il n'y a pas pour lui d'autre moyen de défendre ses droits³⁸.

Tissier est catégorique : « Il n'y a, dans les rapports établis par l'instance entre les parties et dans les obligations qui en résultent, rien de contractuel³⁹. »

Deux auteurs ont systématiquement présenté des contre-arguments aux critiques. Commentant l'ambiguïté terminologique que nous avons signalée plus haut, entre le contrat judiciaire que nous avons appelé « conventionnel » et le contrat judiciaire que nous avons qualifié de « procédural », ils rétorquent uniquement : « pure question de terminologie⁴⁰ ». À l'affirmation de Tessier selon qui c'est par l'effet de la loi et non d'un contrat que les plaideurs « sont obligés de rester dans l'instance (l'instance est un rapport d'ordre légal)⁴¹ », ils répondent : « [Si] cela est, qu'importe ? La loi n'attache-t-elle pas certaines obligations au contrat (bonne foi, garantie, etc.)⁴² ? » Quant à l'absence de concours de volontés, ils citent un arrêt de la Cour de cassation qui « dit bien que le défendeur accepte ou refuse la juridiction⁴³ ». Rappelons que la *litis contestatio* romaine avait un effet novatoire. La disparition de celle-là a entraîné l'anéantissement de celui-ci : « C'est exact, [...] mais la théorie contractuelle de l'instance n'est nullement liée à l'effet novatoire [...] [et] on peut admettre le contrat d'instance sans effet novatoire⁴⁴. » Citant ensuite un auteur allemand pour qui « [l']hypothèse du contrat est inutile, les parties à l'instance n'ont pas d'obligations (*Pflichten*) mais des charges (*Lasten*)⁴⁵ », ils écrivent :

38. Req. 29 avril 1912, précité, note 27, p. 185.

39. *Supra*, note 37, p. 306. La thèse contractuelle du lien d'instance rejoint tellement peu d'adeptes que, dans la plupart des ouvrages dont l'index mentionne « contrat judiciaire », les auteurs ne traitent que du contrat judiciaire conventionnel. Voir, par exemple, *Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de procédure civile*, t. II, Paris, Jurisprudence générale Dalloz. Parfois, le contrat judiciaire procédural y est mentionné mais uniquement pour signaler l'ambiguïté terminologique.

40. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, PUF, 1958, p. 363.

41. *Ibid.*

42. *Ibid.*

43. *Ibid.* L'arrêt en question est le suivant : Cass. 27 nov. 1951, D. 52.71.

44. G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, note 40.

45. *Ibid.*

L'observation est intéressante encore qu'il faille distinguer, selon la sanction dont elles sont assorties, entre les obligations dont l'inexécution paralyse au moins temporairement le cours de la justice (comparaître, sanction : le défaut), celles qui exposent seulement l'une des parties à un désavantage (défaut de preuve), et celles qui appellent des sanctions pécuniaires (déloyauté). L'admettrait-on ? Elle ne contredit pas la thèse contractuelle (il y a des charges contractuelles : donner congé pour faire cesser une location verbale, mettre en demeure le débiteur...) ⁴⁶.

Parmi les zélateurs de la thèse contractuelle, certains sont allés jusqu'à se pencher sur le mode de formation de ce contrat ! Cornu et Foyer suggèrent que, si « le contrat d'instance existe, ce sera, le plus souvent, un contrat par correspondance entre absents (la théorie de la réception s'appliquerait, semble-t-il, non celle de l'émission) ⁴⁷. » À la fin de leur plaidoyer, ils ont cependant un doute et admettent une lacune : « Une objection cependant : le procès par défaut. Rien n'est parfait ⁴⁸. »

4 Brève critique de la thèse contractuelle

Il paraît aujourd'hui difficile de défendre, avec des arguments solides, la qualification contractuelle du rapport d'instance. Pour tout dire, elle présente « un caractère fictif ⁴⁹ ».

Examinons les principaux éléments d'un contrat et en premier lieu le rôle de la volonté ⁵⁰. On peut admettre que le demandeur prend volontairement l'initiative de porter sa demande en justice, personne, ni la loi ni autrui, ne l'y obligeant. Cependant, estimer qu'un citoyen dont le droit est violé peut rester passif, c'est énoncer un faux choix ⁵¹. D'ailleurs, dans la mesure où ce justiciable veut obtenir réparation, la loi lui impose le recours

46. *Id.*, p. 363-364.

47. *Id.*, p. 364.

48. *Ibid.* Mentionnons également que certains ont avancé la thèse quasi contractuelle, guère satisfaisante. « S'il est vrai que les obligations nées d'un quasi-contrat n'ont pas leur source dans la volonté des parties, on voit mal à quel quasi-contrat pourrait se rattacher la création d'une instance » : H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, note 19, p. 11, faisant référence à Henri VIZIOZ, *La notion de quasi-contrat — Étude historique et critique*, thèse, Faculté de droit de l'Université de Bordeaux, 1912, nos 37, 46 et 68.

49. H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, note 19, p. 10.

50. C.c.Q., art. 1378 : « Le contrat est un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation. »

51. Cette option fait penser au prétendu choix offert dans certains contrats d'adhésion. Tout le monde sait que, même si théoriquement, personne n'est obligé de signer un contrat avec un fournisseur d'électricité qui détient un monopole en la matière, personne n'y renonce, et parler de choix dans ces conditions constitue un leurre.

à une autorité, nul ne pouvant se faire justice à soi-même. La justice est un service public qui relève de l'État⁵².

S'il est possible, à l'extrême rigueur et de façon toute théorique, encore une fois, de déceler une volonté chez le demandeur, il semble difficile d'arriver à la même conclusion en ce qui concerne le défendeur. Une fois les démarches du demandeur entamées, le défendeur est pris malgré lui dans l'engrenage judiciaire. Qu'importe qu'il y participe ou non, la décision finale le concerne et le lie. Sa volonté à cet égard ne joue pas un rôle important. S'il se soumet au processus engagé par le demandeur, on ne peut accepter de conclure que ce soit sur une base réellement volontaire : « Il est faux de dire que le défendeur accepte le débat : il subit le procès plus qu'il ne l'accepte, pour éviter d'être condamné sans avoir été entendu⁵³. » Bref, comme l'écrit Naquet, « le prétendu contrat judiciaire est exclusif de la volonté libre des parties, car, si le demandeur saisit le tribunal, c'est qu'il n'y a pas d'autre moyen pour lui d'obtenir satisfaction, et, si le défendeur comparaît et conteste, c'est qu'il n'y a pas pour lui d'autre moyen de défendre des droits⁵⁴ ».

En cas d'absence de coopération du défendeur, qu'il ne compare pas ou qu'il ne plaide pas, l'action engagée par l'autre litigant parviendra quoi qu'il en soit à son terme, la principale différence se traduisant vraisemblablement en termes de rapidité⁵⁵. S'il ne comparaît pas et même s'il se contente, pourrions-nous dire, de ne pas plaider, ne faut-il pas voir là une réelle volonté de ne pas participer au processus ? « Comment, dans ces conditions, peut-on encore parler d'un "contrat" [...] ⁵⁶ ? »

52. Nous excluons ici l'arbitrage, auquel les parties peuvent choisir de recourir lorsque le différend relève de certains domaines, comme en matière de relations commerciales. Ici, la nature contractuelle de la volonté commune de retirer compétence aux autorités étatiques pour en investir un système de justice privée ne fait aucun doute. C'est d'ailleurs parce que le recours à l'arbitrage constitue une dérogation au « monopole » de l'État en matière de justice que celui-ci, par la bouche de ses législateurs, l'autorise à condition que les parties impliquées démontrent par un accord de volonté exprès, sous forme écrite, leur renonciation au système de justice publique : C.c.Q., art. 2640 ; *Nouveau Code de procédure civile* français, art. 1443 ; et art. II et IV 1.b) de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, New York, 10 juin 1958. La convention d'arbitrage est, selon les termes mêmes de l'article 2638 du C.c.Q. et de l'article 1442 du *Nouveau Code de procédure civile* français, un contrat.

53. H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, note 19, p. 10-11.

54. Req. 29 avril 1912, précité, note 27, p. 185.

55. C.p.c., art. 192.

56. H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, note 19, p. 11.

Pour défendre la thèse contractuelle, Cornu et Foyer s'appuient en partie sur le désistement d'instance qui, en droit français, nécessite la participation volontaire des deux parties : « Le rapport qui lie les parties litigantes ne saurait être rompu par la volonté d'une seule (sauf exception)⁵⁷. » En effet, l'article 394 du *Nouveau Code de procédure civile* français⁵⁸ fait reposer sur le seul demandeur l'initiative de mettre fin à l'instance et le désistement, en règle générale, « n'est parfait que par l'acceptation du défendeur⁵⁹ ». Toutefois, en réalité, l'acceptation par le défendeur n'est pas absolument indispensable puisque « [l]e juge déclare le désistement parfait si la non-acceptation du défendeur ne se fonde sur aucun motif légitime⁶⁰ ». Si ces dispositions font dire à des auteurs français que l'argument fondé sur le désistement n'est pas « probant⁶¹ », au Québec la question est encore plus rapidement résolue, car, depuis le Code de 1965, « [u]ne partie peut se désister de sa demande ou de son acte de procédure en tout état de cause⁶² ». La procédure est très simple et ne nécessite nullement l'accord de l'autre litigant : « Le désistement se fait par simple déclaration signée de la partie elle-même ou de son procureur, et présentée à l'audience ou produite au greffe. Sauf s'il est fait à l'audience en présence de la partie adverse, le désistement ne devient opposable à celle-ci que s'il lui a été signifié⁶³. » Pour terminer sur ce terrain, ajoutons qu'à notre avis, de toutes façons, le seul fait qu'une situation risque de présenter sporadiquement des événements faisant intervenir la volonté des participants ne peut suffire à lui attribuer une qualification contractuelle.

L'absence de volonté, au sens contractuel du terme, permettrait à elle seule à écarter la thèse du contrat. Poursuivons quand même.

Pour qu'il y ait contrat, il est nécessaire qu'il y ait échange de consentement⁶⁴, celui-ci se réalisant « par la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne⁶⁵ ». Il faut donc également se pencher sur la prétendue offre, faite par le demandeur. Qu'est-ce qui, dans le déroulement de la procédure, constituerait ou matérialiserait l'offre ? Et quel en serait le contenu ?

57. G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, note 40, p. 363.

58. *Nouveau Code de procédure civile* français, ci-après cité : « C.p.c.fr. ».

59. C.p.c.fr., art. 395.

60. C.p.c.fr., art. 396.

61. H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, note 19, p. 11.

62. C.p.c., art. 262.

63. C.p.c., art. 263.

64. C.c.Q., art. 1385.

65. C.c.Q., art. 1386.

Au Québec, c'est par la requête introductive d'instance que le défendeur prend officiellement connaissance de la décision — nous n'oserions maintenant dire la volonté ! — du demandeur de saisir le tribunal⁶⁶. La requête, accompagnée d'un avis de comparution, est signifiée au défendeur⁶⁷. L'offre pourrait-elle être constituée par une seule de ces pièces soit seulement l'avis, soit seulement la requête ? En ce qui concerne le premier, cela semble matériellement impensable, puisqu'il n'est somme toute qu'un accessoire de la requête. D'ailleurs, la jurisprudence ne rapporte aucun cas de signification d'avis seul. Au surplus, il ne contient essentiellement aucun élément propre au litige envisagé. Ses termes sont plutôt imposés de façon standard et identique par le législateur, quel que soit le type de litige, quelles que soient les parties⁶⁸.

La requête, en revanche, contient des énoncés personnalisés, choisis et rédigés par le demandeur et est d'ailleurs signée par lui ou son procureur. Elle énonce « les faits sur lesquels la demande est fondée et les conclusions recherchées⁶⁹ » ainsi que « l'indication du tribunal saisi et du district dans lequel la demande est portée⁷⁰ ». Dans l'esprit du demandeur, c'est certainement la requête, plus que l'avis, qui indique son désir d'intenter un procès. La preuve en est qu'il arrive qu'elle ne soit pas accompagnée de l'avis⁷¹.

Selon nous, si offre il y avait, elle serait certainement constituée et de la requête et de l'avis, indissociables à la fois pour fonder les raisons, les motifs du débat judiciaire envisagé et pour « inviter » le défendeur à y participer.

En quoi consisterait l'acceptation ? Bien entendu, nous n'envisagerons ici que le cas où le défendeur participe à toutes les étapes procédurales. À notre avis, la comparution est un acte de type administratif, au sens large du terme, qui signifie que le défendeur accepte effectivement de s'engager dans le processus judiciaire, quitte à le contester d'ailleurs. Et justement, de la même façon que quelqu'un ne peut s'engager à accepter une offre d'achat sans savoir sur quoi elle porte, ce que l'offre doit décrire, le défendeur ne peut accepter de prendre part à un procès sans connaître les pré-

66. C.p.c., art. 111.

67. C.p.c., art. 119 (pour l'avis) et art. 78 (pour la signification).

68. D'ailleurs, l'article 119 C.p.c. *in fine* précise : « Cet avis doit être conforme au texte établi par le ministre de la Justice. »

69. C.p.c., art. 111.

70. C.p.c., art. 111.1.

71. L'absence d'avis peut, dans certaines circonstances, constituer un moyen de défense et le défaut de signification de l'avis peut être corrigé. Voir D. FERLAND et B. ÉMERY, *op. cit.*, note 4, p. 250.

tentions de son adversaire qui, elles, sont énoncées dans la requête. Or, par définition, le défenseur va s'opposer aux arguments, de fait et de droit, de son adversaire, liés à la substance même du dossier ou à certains aspects procéduraux. Sur ce chapitre, il pourra, par exemple, contester la compétence, *ratione materiae* ou *ratione personae*, du tribunal⁷². Est-il possible, dans ces conditions, d'admettre qu'il accepte l'offre du demandeur, condition nécessaire pour réaliser la formation du contrat ? La réponse est évidente. Chacun sait que « [l']acceptation qui n'est pas substantiellement conforme à l'offre [...] ne vaut pas acceptation. Elle peut, cependant, constituer elle-même une nouvelle offre⁷³. » Il est inutile de poursuivre sur ce terrain-là, au risque de tomber dans une logique... kafkaïenne ! Par définition, par essence, la notion d'acceptation, au sens de la théorie contractuelle, est antinomique de la participation du défendeur au procès et à la procédure qui y mènent.

Quand le contrat se formerait-il ? En droit romain, « [l]a remise de la formule par le demandeur au défendeur qui l'accepte constitue le contrat judiciaire⁷⁴ ». C'est donc à cette étape précise, celle de la *litis contestatio*, que le rapport est scellé en un contrat qualifié de formel par certains⁷⁵. Ce qui, en matière de cheminement procédural, s'apparenterait à la *litis contestatio* serait, en droit moderne, la liaison de l'instance, prévue à l'article 186 du *Code de procédure civile* :

La contestation est liée :

1° par la demande, la défense et la réponse ;

[...]

3° par la demande et la défense, lorsque le demandeur a renoncé à produire une réponse ou qu'il a été forcé de le faire.

Cependant, la liaison d'instance n'a pas le même fondement que la *litis contestatio* et ses effets en sont différents. Cela fait dire à des « autorités graves et nombreuses⁷⁶ », notamment Solus et Perrot, que « la liaison de l'instance [...] n'apparaît plus de nos jours que comme une survivance affadie de l'ancienne *litis contestatio* [...] dont le contenu se serait progressivement vidé d'une grande partie de ses effets au profit d'actes qui précèdent ou qui suivent le dépôt des premières conclusions du défendeur⁷⁷ ».

72. C.p.c., art. 163-164.

73. C.c.Q., art. 1393.

74. J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 14, p. 635.

75. *Id.*, p. 637.

76. É. VALABRÈGUE, *loc. cit.*, note 29, 538.

77. H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, note 19, p. 210.

Pour ne prendre qu'un exemple, mentionnons que la *litis contestatio* « fixait de manière définitive l'étendue du rapport d'instance⁷⁸ ». Or, en droit français et en droit québécois, par exemple, la liaison d'instance ne produit pas un tel effet. Ainsi, l'article 186 du *Code de procédure civile* n'empêche absolument pas des modifications ultérieures à cet égard :

Les parties peuvent, en tout temps avant jugement, amender leurs actes de procédure sans autorisation et aussi souvent que nécessaire en autant que l'amendement n'est pas inutile, contraire aux intérêts de la justice ou qu'il n'en résulte pas une demande entièrement nouvelle sans rapport avec la demande originaire.

L'amendement peut notamment viser à modifier, rectifier ou compléter les énonciations ou conclusions, invoquer des faits nouveaux ou faire valoir un droit échu depuis la signification de la requête introductive d'instance⁷⁹.

Soulevons, simplement pour la mentionner puisque certains s'y sont arrêtés, une autre difficulté. Dans la mesure où la liaison d'instance est vue comme un contrat, qui en sont les parties ? Au-delà des plaideurs, pour qui la réponse est évidente, quel rôle donner au juge dans ce processus auquel il est obligé de participer en raison du prétendu accord contractuel ? Se situant un peu en dehors du débat sur la nature juridique d'instance et considérant plus généralement le « rapport d'instance », Cornu et Foyer se demandent : « En plus du lien qui se noue entre les plaideurs et dont nul ne conteste qu'ils soient parties en cause, un rapport s'établit-il entre ces derniers et l'État en la personne de ses juges⁸⁰ ? » Ils mentionnent deux auteurs pour qui une réponse affirmative s'impose parce que l'obligation du juge de « statuer sur la demande [est] un effet⁸¹ » du rapport d'instance. Cornu et Foyer contestent cette position : « C'est simplement un devoir de sa charge. C'est son office même. Le lien d'instance, d'ailleurs, se noue, et peut se dénouer (désistement, péremption) en dehors du juge qui n'y est donc pas partie [...] Le rapport n'existe qu'entre parties. Il est de droit privé⁸². »

Quant aux sanctions des inexécutions des obligations procédurales, elles n'ont aucune parenté avec celles qui sont prévues par le droit civil, mais découlent du processus et de l'organisation judiciaires eux-mêmes. Ainsi, si le défendeur fait défaut de plaider, par exemple, sa sanction sera

78. *Ibid.*

79. C.p.c., art. 199. Pour des exemples de modifications, voir D. FERLAND et B. ÉMERY, *op. cit.*, note 4, p. 336-350. En droit judiciaire français, voir notamment H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, note 19, p. 865-930.

80. G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, note 40, p. 363.

81. *Ibid.*

82. *Ibid.*

de ne pas pouvoir produire de témoins⁸³, si une partie omet de communiquer une pièce, autre qu'une pièce au soutien d'un acte de procédure, dans le délai prévu, elle devra demander au tribunal une autorisation pour la produire⁸⁴, etc. Tout cela est bien loin de l'exécution en nature et de l'obtention de la résiliation du contrat⁸⁵. En matière judiciaire, impossible également d'invoquer l'*exceptio non adimpleti contractus*. Remarquons que, si en matière contractuelle le défaut de l'une des parties d'exécuter en tout ou en partie ses obligations peut fréquemment nuire ou à tout le moins « déranger » le cocontractant, en matière procédurale, l'absence de coopération de l'adversaire aurait parfois l'effet inverse.

En outre, quel est, de façon générale, l'intérêt d'une qualification contractuelle ? C'est principalement de reconnaître des obligations entre les parties, obligations qui reposent pour une large part sur l'autonomie de leur volonté et leur liberté contractuelle, en lieu et place d'une obligation imposée par le législateur⁸⁶, et qui sont assorties de sanctions idoines en cas de contravention. En matière judiciaire, une telle qualification est, selon nous, « stérile⁸⁷ » et inutile puisqu'elle ne porte pas à conséquence. Les obligations imposées aux parties ne relèvent pas de leur libre arbitre mais uniquement de la loi, du code ; quant aux sanctions, nous venons de voir que celles qui sont applicables en matière contractuelle leur sont totalement inadaptées. Affirmer que la relation entre les litigants constitue un contrat judiciaire procédural ne peut donc constituer qu'une formule de style... impropre, à notre avis.

5 La situation au Québec

5.1 Avant la réforme du *Code de procédure civile*

Comment la théorie contractuelle du lien d'instance est-elle reçue au Québec ? Contrairement à ce que laissent croire les propos du juge en chef⁸⁸, force est de constater que le contrat judiciaire n'y est pas très vigoureux. La doctrine est plus que discrète à son sujet et la jurisprudence ne le mentionne que très rarement. À la fin du XIX^e siècle, à propos d'une question d'identité d'objet et de causes entre deux instances, la Cour supérieure

83. C.p.c., art. 195.

84. C.p.c., art. 331.4.

85. C.c.Q., art. 1590.

86. D'ailleurs, il est connu que le contrat est la loi des parties, comme l'énonce expressément l'article 1134 du *Code Napoléon*.

87. H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, note 19, p. 11.

88. *Supra*, note 6.

a cité quelques extraits de Demolombe sur le contrat judiciaire comme fondement de l'autorité de la chose jugée⁸⁹.

Plus récemment, le juge Monet a mentionné le contrat judiciaire dans le contexte d'une affaire familiale :

Le lien juridique d'instance est celui des parties. L'instruction est conduite par les parties. Les moyens de fait et de droit sont avancés par les parties. C'est sur les prétentions respectives des parties que le juge du procès doit statuer. Certes, de nos jours, le juge joue un rôle actif et exerce de vastes pouvoirs, que reflètent, par exemple, les articles 292 et 463 C.P. Néanmoins, la prudence commande à celui qui a pour mission de juger de s'assurer que les parties aient l'occasion d'être entendues sur un point qui, d'une part, lui paraît déterminant et, d'autre part, ne ressort pas du contrat judiciaire⁹⁰.

De même, étudiant l'effet de l'article 17 des Règles de pratique de la Cour supérieure qui interdit, sauf autorisation du juge, le dépôt tardif des pièces, le juge LeBel, alors à la Cour d'appel, écrivait :

Dans la mesure où la cause était considérée comme en état, bien que le système de mise en état prévu par les règles de pratique de la Cour supérieure laisse place à une certaine flexibilité que réserve notamment la règle 17, il demeure que le certificat d'état et la déclaration que la cause est prête constituent une forme de contrat judiciaire entre les parties. On ne saurait y déroger sans raison sérieuse⁹¹.

Quelques années plus tard, la Cour supérieure reprend ces propos et, les appliquant au dossier qui lui est alors soumis, conclut simplement : « La défenderesse et son avocat font bien peu de cas du « contrat judiciaire » les liant⁹². »

En 1998, les sténographes officiels ont présenté une requête en jugement déclaratoire visant à confirmer que, en vertu de plusieurs dispositions législatives et réglementaires ainsi qu'aux termes des articles 324 à 331 du *Code de procédure civile*, eux seuls avaient le droit d'agir devant les tribunaux du Québec. L'intervenant, dont les employés n'étaient pas des sténographes officiels, prétendait que les parties ont « le droit de renoncer au

89. *Fraser c. Pouliot et al.*, (1885) 13 R.L. 1, 6. Le jugement d'appel ne reprend pas cette discussion et ne fait même pas mention du contrat judiciaire : *Fraser c. Pouliot et al.*, (1885) 13 R.L. 520.

90. *Droit de la famille* — 871, [1990] R.J.Q. 2107, 2108 (C.A.).

91. *Latouche c. Raymond Chabot Fafard Gagnon inc.*, [1997] A.Q. (Quicklaw) n° 1191 (C.A.).

92. *Palagesco inc. c. Groupe Lincora inc.*, [2000] A.Q. (Quicklaw) n° 1119, par. 21 (C.S.). Bien sûr, l'expression, « à la partie adverse » est sous-entendue.

bénéfice de l'article 324 C.P.⁹³ ». Le tribunal a donné raison aux sténographes officiels, en émettant au passage des doutes sur le contrat judiciaire :

La loi est claire, publique, bien connue de tous. Il faut la respecter. Un point c'est tout. Le prétendu « contrat judiciaire » entre deux parties ne saurait certainement pas affecter les droits de tiers appelés à collaborer avec le tribunal à la recherche de la vérité. Et le moins que l'on puisse assurer à ces collaborateurs est que leurs dépositions seront fidèlement prises en note soit par un officier public (art. 324 C.P.), soit de la façon prévue à l'article 329 C.P.⁹⁴.

Dans une affaire en responsabilité délictuelle dans le contexte d'une relation de travail, le congé de maladie de l'une des parties en cause avait été pris en charge par une compagnie d'assurances. Or, d'après la juge Otis, l'employeur aurait pu :

[R]equerir que le travailleur présente sa réclamation à la CSST. Il ne l'a pas fait. Pendant quatre ans, au cours des réévaluations périodiques, l'employeur est demeuré silencieux. Son inaction s'est couplée d'un acquiescement lorsqu'il a contesté l'action en dommages-intérêts [de l'employé], produisant deux défenses amendées et procédant à la mise en état du dossier sans que la question de l'immunité civile ne ressorte du contrat judiciaire entre les parties⁹⁵.

Et, enfin, alors qu'elle avait à se prononcer sur un amendement d'action en vue de retirer un aveu judiciaire, la Cour d'appel fait brièvement l'historique des faits et procédures. Une partie, l'Église Vie et Réveil, ayant subi des dommages dus à une pollution aux hydrocarbures de son immeuble par la faute de son voisin, ce dernier lui a payé une indemnité :

Insatisfaite de l'indemnité, l'Église a assigné les appelantes.

Les parties avaient conclu un contrat judiciaire, lié contestation et le procès était pratiquement terminé lorsque l'Église a requis un amendement en vue d'augmenter le quantum de sa réclamation qu'elle trouvait insuffisant pour atteindre l'objectif toujours recherché de la décontamination totale de son immeuble⁹⁶.

93. *Association professionnelle des sténographes officiels du Québec c. Québec (Procureur général)*, [1998] R.J.Q. 1856, 1859 (C.S.). La Cour d'appel confirme le jugement de première instance et reprenant le passage cité ci-dessus poursuit en disant que : « [la] fiabilité des transcriptions des dépositions est nécessaire à la saine administration de la justice. Les parties à une instance ne sont pas nécessairement les seules qui ont besoin de la fiabilité de la transcription des témoignages » : *Vilaire c. Association professionnelle des sténographes officiels du Québec*, [1999] R.J.Q. 1609, 1616 (C.A.).

94. *Association professionnelle des sténographes officiels du Québec c. Québec (Procureur général)*, précité, note 93, 1860.

95. *Williams c. Arthur*, [2002] A.Q. n° 4573 (C.A.).

96. *Église Vie et Réveil Inc., Les Ministères d'Alberto Carbone c. Sunoco Inc.*, [2002] A.Q. n° 3056, par. 1-2 (C.A.).

Il faut donc admettre que la jurisprudence est peu loquace sur le sujet, tant quantitativement⁹⁷ que qualitativement, puisque jamais elle ne le développe ni ne l'analyse, se contentant de le mentionner.

5.2 Depuis le 1^{er} janvier 2003

La principale application du principe énoncé à l'article 4.1 du nouveau *Code de procédure civile* se trouve aux articles 151.1 et suivants, qui constituent indiscutablement une nouveauté dans le droit québécois :

Les parties, à l'exception de celles qui sont mises en cause, sont tenues, avant la date indiquée dans l'avis au défendeur pour la présentation de la demande introductive au tribunal, de négocier une entente sur le déroulement de l'instance précisant leurs conventions et établissant le calendrier des échéances à respecter [...].

L'entente doit porter, notamment, sur les moyens préliminaires et les mesures de sauvegarde, sur les modalités et le délai de communication des pièces, des déclarations écrites pour valoir témoignage, des affidavits détaillés, sur les conditions des interrogatoires préalables avant production de la défense, entre autres sur leur nombre et leur durée, sur les expertises, sur les incidents connus ou prévisibles, sur la forme orale ou écrite de la défense et, dans ce dernier cas, sur son délai de production, ainsi que sur le délai pour produire une réponse, le cas échéant. L'entente doit être déposée au greffe sans délai, au plus tard à la date fixée pour la présentation de la demande⁹⁸.

En cas de désaccord entre les parties en la matière, elles devront procéder à la présentation de la requête introductive d'instance. À cette occasion, le Code donne de nombreux pouvoirs au juge, en particulier celui de déterminer, à la place des parties, « les conditions, notamment le nombre et la durée, des interrogatoires préalables avant production de la défense » et celui d'« établir, à défaut d'une entente entre les parties déposée au greffe, le calendrier des échéances à respecter pour assurer le bon déroulement de l'instance⁹⁹. »

Les parties peuvent convenir ensemble de modifier les termes de l'entente. L'intervention judiciaire ne sera nécessaire, encore une fois, que si elles ne parviennent pas à s'entendre sur des modifications¹⁰⁰.

97. Les causes de jurisprudence rapportées ici sont en partie le résultat d'une recherche exhaustive sur des banques de données informatisées.

98. C.p.c., art. 151.1.

99. C.p.c., art. 151. 6, par. 3 et 4.

100. C.p.c., art. 151.2. La Cour du Québec a eu à connaître d'un dossier où la défenderesse souhaitait produire une expertise et une demande reconventionnelle après la date convenue dans l'entente intervenue entre les parties. La défenderesse s'est adressée au tribunal afin d'obtenir une prolongation du délai de production de l'expertise et de la demande reconventionnelle. Cela n'était pas nécessaire. « Dans la présente instance, il est possible de soutenir que la demanderesse aurait pu consentir à la production tardive tant de

Ces règles et le principe dont elles émanent font dire au juge en chef du Québec : « Le contrat judiciaire devient ainsi un contrat supervisé. Il s'agit d'une façon originale de concilier le contrat judiciaire d'inspiration française et le pouvoir inhérent des tribunaux supérieurs de contrôler le processus judiciaire, d'inspiration britannique¹⁰¹. »

Nous avons vu que le contrat judiciaire procédural n'existe pas dans le droit moderne au Québec. Il ne comporte en effet aucun équivalent à la *litis contestatio* romaine qui, elle, pouvait présenter un caractère conventionnel. La question à se poser est donc la suivante : la réforme du *Code de procédure civile* et plus précisément les articles 151.1 à 151.3 instaurent-ils un contrat judiciaire procédural ?

En premier lieu, penchons-nous sur le vocabulaire employé dans ces articles. L'un des termes qui retiendront l'attention est l'« entente » que les parties sont tenues de négocier. Le codificateur « connaît les règles ordinaires du langage¹⁰² », et « il faut présumer [qu'il] entend les mots dans le même sens que le justiciable, que « monsieur tout-le-monde »¹⁰³ ». Faisons comme ce dernier et consultons un dictionnaire général. Il y est écrit qu'une « entente » est « un accommodement, un accord, une convention¹⁰⁴ », définitions et équivalents également donnés par les dictionnaires juridiques¹⁰⁵. Notons que ni le dictionnaire général ni les ouvrages spécialisés n'indiquent comme synonyme à « entente » le mot « contrat ». C'est bien normal puisqu'une entente n'est pas un contrat. Évidemment, un contrat est une forme de convention¹⁰⁶ et repose indiscutablement sur une entente, mais l'inverse

l'expertise que de la demande reconventionnelle (art. 151.2 C.p.c.). En effet, rien n'interdit aux parties à une instance de convenir rétroactivement d'une modification de leur entente et ainsi permettre la production d'une défense tardive [...] ou le report de la date limite convenue pour la production d'un rapport d'expertise ou d'une pièce » : *Gyptek 98 enr. c. Stylex 3D inc.*, [2003] A.Q. (Quicklaw) n° 13764, par. 25 (C.Q.).

101. ASSEMBLÉE ANNUELLE DES JUGES DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 6. À propos de l'entente prévue à l'article 151.1 C.p.c., D. FERLAND et B. ÉMERY *op. cit.*, note 4, p. 267, écrivent ceci : « L'entente constitue un véritable contrat judiciaire qui lie les parties quant au déroulement de l'instance. ».

102. P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 240.

103. *Id.*, p. 243.

104. J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analytique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2000, s.v. « Entente ».

105. H. REID, *op. cit.*, note 9, p. 214 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 349.

106. « Contrat : Espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété » : G. CORNU, *op. cit.*, note 105, p. 223.

n'est pas vrai. Si le codificateur avait voulu situer les aménagements entre les parties sur le terrain contractuel, il aurait utilisé le vocabulaire approprié. Dans sa grande sagesse, il n'en a rien fait.

Que l'entente exprime ou précise les *conventions* intervenues entre les parties ne porte pas à conséquence sur le plan de la qualification puisque ce terme générique désigne des accords, des arrangements sur des faits précis¹⁰⁷. Lorsque c'est nécessaire, le codificateur attribue à des hyperonymes des sens particuliers, généralement en les assortissant de détails, d'exemples ou de mises en situation afin d'en faire ressortir les particularités qui obligent le justiciable à s'écarter de l'acception générale ou commune et à entendre alors le terme dans un sens spécifique. Ainsi une convention est-elle parfois un contrat¹⁰⁸. Comme le recommande P.-A. Côté, en matière d'interprétation des lois, il faut rechercher le sens des mots en tenant compte de leur contexte¹⁰⁹. En se plaçant, pour reprendre l'expression de cet auteur, « sur la même longueur d'ondes » que le législateur¹¹⁰, nous ne décelons aucun indice dans l'ensemble du *Code de procédure civile* permettant de conclure que les conventions dont parlent les articles 151.1 et suivants doivent recevoir une qualification contractuelle.

Était-il nécessaire d'ajouter que l'entente « lie les parties quant au déroulement de l'instance¹¹¹ » ? Cela semble un peu superfétatoire, mais peut-être le codificateur a-t-il préféré insister au cas où elles oublieraient les exigences de la bonne foi¹¹²... En réalité, à bien y réfléchir, la première phrase de l'article 151.2 ne semble pas très utile. Que les arrangements en-

107. J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *op. cit.*, note 104, s.v. « Convention ».

108. C.c.Q., art. 2638 : « La convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux. » En fait, le contrat est la traduction, la qualification juridique lorsque nécessaire de la convention, terme en lui-même dépourvu de sens particulier.

109. « Sans aller jusqu'à prétendre que les mots n'ont pas de sens en eux-mêmes, on doit admettre cependant que leur sens véritable dépend partiellement du contexte dans lequel ils sont employés. Le dictionnaire ne fait que définir certains sens virtuels que les mots peuvent véhiculer : ce sont des sens potentiels (dont la liste ne saurait jamais être exhaustive) et ce n'est que l'emploi du mot dans un contexte concret qui précisera son sens effectif » : P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 102, p. 263.

110. *Id.*, p. 264.

111. C.p.c., art. 151.2 ; l'italique est de nous.

112. L'ancien *Code de procédure civile* ne mentionnait pas le principe de la bonne foi. Maintenant, en raison du libellé de l'article 4.1, « [l']obligation de bonne foi procédurale s'ajoute [...] expressément à l'obligation de bonne foi en droit substantiel » : D. FERLAND et B. ÉMERY, *op. cit.*, note 4, p. 14.

tre les parties, que le codificateur les oblige à négocier l'une avec l'autre, portent sur le déroulement de l'instance et soient limités à cette seule matière est déjà prévu dans l'article 151.1. Le fait que l'entente lie les parties ne signifie pas que ces arrangements auxquels elles sont parvenues soient irrévocablement figés. En effet, les parties peuvent toujours convenir de les modifier et, si elles ne s'accordent pas sur les modifications, elles saisiront un juge¹¹³. Quant aux sanctions, si l'une des parties oublie qu'elle est « liée », l'article 151.3, sans les décrire précisément, les annonce.

Le début de l'article 151.2 ne peut certainement pas donner à cette entente un caractère contractuel. Il rappelle, si cela était nécessaire, que l'entente n'est pas une simple formule de convenance et que l'une des parties ne peut pas, unilatéralement, modifier les délais ni prendre par surprise son adversaire en ce qui concerne les moyens préliminaires, par exemple.

Enfin, que signifient les articles 151.1 et suivants ? Uniquement que les parties sont fortement invitées à participer à l'organisation de la procédure afin de contribuer à une saine et efficace administration de la justice¹¹⁴. Elles sont conviées à prendre part toutes les deux à l'organisation, la tâche ne revenant pas plus à l'une qu'à l'autre.

Au-delà des termes, de la forme, y a-t-il une modification dans l'essence même de la procédure et du droit judiciaire qui, à l'instar de la *litis contestatio*, imprimerait un caractère contractuel à la relation entre les litigants, au lien d'instance ? Rien ne mène à une telle conclusion. Les fondements du recours au tribunal, l'absence de volonté des parties, les effets de la liaison d'instance et les charges imposées aux plaideurs durant le processus restent substantiellement et dans les grandes lignes identiques à ce que nous connaissions avant le 1^{er} janvier 2003.

L'obligation légale, à l'origine de la saisine du tribunal, de recourir à la justice étatique pour éviter de se faire justice à soi-même subsiste. Une fois la décision du demandeur de poursuivre en justice prise, comme l'ont dit Solus et Perrot, la « vérité est plus simple : les charges dérivant du rapport d'instance sont *imposées par la loi* qui, pour le bon fonctionnement du service public de la justice, exige des parties qu'elles accomplissent les diligences requises pour mener l'instance à son terme¹¹⁵ ». La nouveauté qu'introduisent les articles 151.1 et suivants est une plus grande participation des parties au « bon fonctionnement du service public de la justice ».

113. C.p.c., art. 151.2.

114. D'ailleurs, la pratique démontre que les parties se plient généralement de façon fort efficace à cette obligation.

115. H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, note 19, p. 11.

Le Comité de révision de la procédure civile mandaté par le ministre Ménard en 1998, après « avoir pris connaissance des tendances nouvelles exprimées dans différents rapports et travaux », a présenté « sa vision d'une procédure civile renouvelée¹¹⁶ ». Elle l'amène à promouvoir la « responsabilisation des parties » :

Dans le but de rétablir une plus grande confiance dans le système de justice civile et afin que ceux qui ont besoin d'y recourir choisissent de le faire plutôt que d'y renoncer, le Comité s'est préoccupé de répondre aux attentes des justiciables qui, au premier chef, auront recours au code pour faire valoir leurs droits. Il importe alors, selon le Comité, d'amener le justiciable à prendre conscience de la place primordiale qui lui revient dans le système judiciaire et de le responsabiliser davantage quant à son choix du mode de règlement, aux démarches qu'il entreprend et à l'importance de ses actions dans le déroulement d'une instance¹¹⁷.

Comme l'énonce le rapport Ferland, l'« État, les justiciables et les différents intervenants judiciaires partagent la responsabilité sociale de l'administration de la justice civile. À ce titre, il appartient à l'État [...] de veiller à ce que les règles de procédure répondent aux besoins des justiciables et soient de nature à favoriser l'accessibilité et la célérité de la justice civile¹¹⁸. »

L'un des moyens choisis par l'État pour « responsabiliser » les parties est de leur permettre, voire les forcer, à s'engager activement dans l'organisation, le choix et le délai, de certaines étapes procédurales. Afin d'éviter perte de temps et débats inutiles, elles doivent prévoir tout cela d'un commun accord, autrement dit, elles doivent, autant que faire se peut, *s'entendre* sur ces questions. Pas plus que le lien d'instance n'est un contrat judiciaire, les articles 151.1 et suivants du *Code de procédure civile* ne traduisent des obligations contractuelles. Ils sont purement et simplement des obligations légales qui imposent des charges aux parties.

Ces charges sont de la même nature et ont surtout le même objectif que des mesures d'administration judiciaire¹¹⁹, c'est-à-dire des mesures qui assurent la bonne marche de la procédure, le bon fonctionnement de l'instance. Dans un système plus traditionnel que le système québécois, ces

116. COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, ministère de la Justice, 2001, p. 27 (ci-après cité : « rapport Ferland »).

117. *Id.*, p. 32.

118. *Id.*, p. 36.

119. L'expression « mesures d'administration judiciaire » était contenue dans le document présenté à l'Assemblée nationale par le ministre Bégin en juin 2002 : (MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Mesures visant à instituer un nouveau Code de procédure civile et comportant une disposition quant aux deux premiers livres de ce code*, [En ligne], 2002, [www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/crpc/crpc-rap3.pdf] (9 janvier 2004), (ci-après cité : « rapport Bégin »). Devant la Commission des institutions de

mesures sont habituellement dévolues au magistrat, mais dorénavant, au Québec, avec la réforme du *Code de procédure civile*, les parties doivent faire leur part en la matière, coopérer avec le juge et le système judiciaire plus généralement. Même si cela constitue une nouveauté, elle n'est en rien incompatible avec la culture judiciaire québécoise. Au contraire, permettre aux litigants de participer à la bonne administration de la justice reflète parfaitement les idéaux du Québec en la matière¹²⁰. Il faut donc se garder d'assimiler cet aménagement plus personnalisé du déroulement procédural au « contrat judiciaire¹²¹ », notion qui non seulement ne correspond à rien dans la tradition judiciaire d'ici¹²², mais également est décrite depuis longtemps comme un « mythe¹²³ ».

l'Assemblée nationale, le Barreau s'est insurgé contre l'importation de ce concept français. Parmi les nouveaux concepts et le changement de langage, il souligne « certains exemples d'importation de notions françaises qui, soit parce qu'elles sont à peu près inconnues de la jurisprudence québécoise, soit parce qu'elles ne sont importées que partiellement, se traduiront sans doute en des débats d'interprétation qui risquent de durer plusieurs années, aux frais des justiciables. Mentionnons, entre autres, les notions de mesures d'administration judiciaire » : BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire : mesures visant à instituer un nouveau Code de procédure civile et comportant une proposition quant aux deux premiers livres de ce code*, [En ligne], 2002, [www.barreau.qc.ca/opinions/memoires/2002/mesurescpc.pdf] (9 janvier 2004). En droit français, une « mesure d'administration judiciaire » est une mesure « de caractère non juridictionnel (non susceptible de recours) destinée à assurer le fonctionnement de la juridiction soit d'une façon globale (répartition des juges entre les diverses chambres d'un tribunal [...]), soit à l'occasion d'un litige (radiation d'une affaire [...]) » : G. CORNU, *op. cit.*, note 105, p. 564. C'est dans cet esprit que le projet du ministre Bégin prévoyait que le juge puisse trancher des questions relatives « au déroulement et aux incidents de l'instance » : rapport Bégin, précité, art. 27, p. 5.

120. Voir le rapport Ferland, précité, note 116.

121. Dans l'affaire *Gyptek*, précitée, note 100, par. 22, le juge Audet reprend les termes du juge en chef et va jusqu'à dire que, puisque l'entente entre les parties est un contrat, les « engagements qu'elle constate se doivent d'être respectés tout comme le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu (art. 1434 C.c. et 151.2 C.p.c.Q.) ». Le lien d'instance est, cela va de soi, un lien juridique que les litigants sont obligés de respecter, mais leur obligation est uniquement légale, imposée par la loi.

122. Comme c'est le cas dans diverses branches du droit, le système judiciaire québécois subit l'influence à la fois du droit français et de la common law. Or, en ce qui concerne le premier, comme nous l'avons vu, le contrat judiciaire n'existe plus ; quant à la seconde, elle l'ignore.

123. Req. 29 avril 1912, précité, note 27, p. 185. Certains seraient certainement tentés de choisir de perpétuer le mythe en acceptant d'inclure dans le vocabulaire procédural québécois l'expression « contrat judiciaire »... tout en sachant très bien que ce contrat n'en est pas un ! La langue française en général et la langue des institutions juridiques sont assez riches pour ne pas se contenter d'un tel à-peu-près. Pourquoi ne pas encourager plutôt l'emploi, par exemple, du vocable de « entente judiciaire » ou même de « convention judiciaire » ?